



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Facultad de Ciencias Jurídicas
Alas de ángeles custodiando Derecho
1902 - 2002

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

**LA REGLA DE EXCLUSIÓN. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL
DE LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA Y
SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO PENAL.**

DIRECTOR DE TESIS: PROF. DR. RICARDO A. BASILICO

DOCTORANDO: FERNANDO L. R. POVIÑA

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2009.-

SINTESIS DE LA TESIS

La tesis se enmarca dentro de la problemática del proceso penal respecto al que es su finalidad predicada, o sea, el descubrimiento de la verdad respecto a un determinado acontecimiento y las responsabilidades de las personas que intervinieron en el suceso. Va de suyo que existe un conflicto entre el principio de la averiguación de la verdad real frente a otros principios de raigambre constitucional que harían ceder a aquél. Dentro de ese contexto, el fin de esta tesis es demostrar que la regla de exclusión tiene, en el Derecho argentino, basamento constitucional en la esencial garantía del debido proceso legal adjetivo, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En el título de esta obra se utilizan *ex profeso* las distintas denominaciones que se le han otorgado al tema abordado, *prohibiciones de valoración probatoria* o *prohibiciones probatorias* -especialmente en países que siguen la tradición jurídica europea continental- o bien *regla de exclusión* o *exclusiones probatorias* -fórmula ampliamente conocida en el mundo jurídico por el influjo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos-. Ello así, toda vez que más allá de su denominación, lo que concretamente refiere esta cuestión es la utilización en un proceso penal en contra del imputado de una prueba ilegal o ilícita o irregular, es decir, recabada en contra del ordenamiento jurídico. No es el problema considerar si tal o cual prueba resulta ilegal o irregular o si tal proceder vulnera cierta garantía del ciudadano, lo que se trata aquí es dilucidar el efecto o consecuencia de ello, o sea, qué camino corresponde tomar con una probanza o actividad procesal cualquiera que ya fue declarada ilícita, es decir, si se la utiliza -a veces, siempre- o no en un proceso penal en contra del imputado.

La tesis que aquí se propone radica en el concepto de que el *debido proceso* (en el caso, en su aspecto *adjetivo*, que viene a coincidir sustancialmente con el derecho a un *juicio previo*), resulta una garantía constitucional del ciudadano, y dispone que la prueba con la que se funda una sentencia de condena deba haber sido obtenida lícitamente. Por ende, la utilización de prueba ilegal en contra del acusado en un proceso penal viola la garantía del debido proceso contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sin que se pueda alegar válidamente excepciones a la aplicación de este principio. Es decir, para que un *proceso* sea *debido* en su significado constitucional sólo habrá de utilizarse pruebas que reconozcan las mismas características, esto es, sólo habrá de utilizarse pruebas obtenidas de manera legal, en concordancia con el ordenamiento jurídico vigente. En el caso de las prohibiciones de valoración probatoria, se sostiene que la inclusión de pruebas ilegales en un proceso o la valoración de ellas en contra del acusado afecta directamente al debido proceso, pues éste demanda que las pruebas sean legales y regulares, pues de lo contrario no tendría sentido el enunciado de la garantía.

Al sustentarse la regla de exclusión en una norma de naturaleza jurídica -nada menos que en el vértice superior de la pirámide jurídica positiva- su acatamiento deviene necesariamente imperioso. Se distingue así esta tesis, de los fundamentos clásicos ensayados al efecto, carentes de respaldo en norma jurídica positiva, como las teorías de la integridad judicial -de fundamento ético- y de los fines preventivos o disuasorios -de fundamento utilitarista-, más allá de las plausibles ventajas secundarias que puedan acarrear tales posturas.

El problema de la regla de exclusión se irradia directamente en las garantías que constituyen el debido proceso adjetivo, pues las prohibiciones de valoración probatoria implican que una de esas garantías no fueron respetadas. Por ello, en el

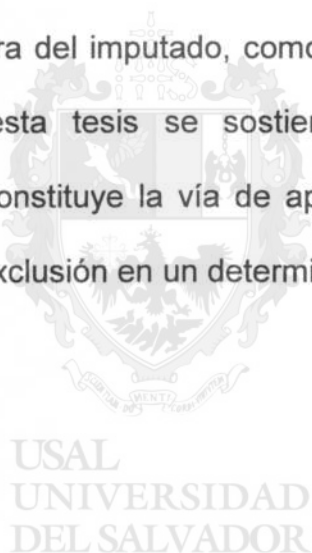
caso de las prohibiciones probatorias siempre existe una doble vulneración a los principios constitucionales que se refieren a esta materia: la primera infracción existe cuando se vulnera una determinada garantía particular (por ejemplo, la que prohíbe la autoincriminación forzada); la segunda se da, si además, se logra ingresar esa probanza ilegal al proceso para hacerla valer en contra del imputado, quebrantándose de tal forma la garantía del “debido proceso legal adjetivo”.

Esta concepción del fundamento de la regla de exclusión también trae aparejado importantes consecuencias respecto de su aplicación y en la improcedencia de ensayar excepciones reales al imperio de su vigencia, que deriva de la autoridad de la Constitución Nacional misma. Es decir, de acuerdo con la tesis sostenida, sólo se podrá fundar una condena penal en pruebas obtenidas legalmente y por consiguiente, no reconoce excepción alguna a su vigencia. Lo dicho es sin perjuicio de aceptar la mal llamada “excepción de la prueba independiente” -técnicamente no es una excepción- ya que siempre que el objeto de prueba se encuentra asequible a través de las distintas medidas de prueba regulares, la existencia de una vía independiente concomitante con la contaminada que conduce al mismo medio de prueba resulta una forma válida de su obtención y nada obsta a su valoración en un proceso penal.

De igual manera, el efecto extensivo del debido proceso legal adjetivo como fundamento de la regla de exclusión impone como consecuencia la aplicación necesaria la teoría del fruto del árbol venenoso, en el sentido de que no sólo la prueba recabada por un acto irregular debe ser apartada del proceso a fin de ser valorada en contra del imputado, sino también todas las evidencias que reconozcan su origen en aquella prueba viciada. Igual basamento lleva a predicar la posibilidad de repetir una prueba recabada irregularmente siempre que ella sea “repetible” y que lo permita el estadio procesal en que se encuentran las actuaciones a la luz de los

principios de preclusión y progresividad. También se aprecia la extensión de la tesis en la afirmación de que la acusación, defensa, prueba y sentencia deben ser legítimas, sin importar que la persona que padeció el acto ilegal sea distinta de quien se pretende valorar esa evidencia irregular con miras a fundar una condena. Asimismo, también es característica de esta tesis la circunstancia de que no se puede dejar de valorar una prueba ilícita en favor del imputado, debido a un doble fundamento jurídico-axiológico.

Respecto a la concreción procesal en aquellos códigos adjetivos que carecen de una previsión especial que contenga la prohibición de valorar una prueba obtenida ilegalmente en contra del imputado, como es el caso del Código Procesal Penal de la Nación, en esta tesis se sostiene que la sanción procesal - frecuentemente la nulidad- constituye la vía de aplicación jurídicamente adecuada para hacer valer la regla de exclusión en un determinado proceso judicial.



ÍNDICE

SINTESIS DE LA TESIS.....	p.2
----------------------------------	------------

CAPÍTULO PRIMERO: LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA O REGLA DE EXCLUSIÓN

I- Introducción.....	p.14
II- Concepto.....	p.16
III- Denominación.....	p.20

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PRUEBA Y LA VERDAD

I- Introito.....	p.25
II- La prueba.....	p.25
1- Concepto.....	p.26
2- Clasificaciones.....	p.32
3- Actividad probatoria.....	p.35
4- Sistemas de valoración probatoria.....	p.36
5- Principios que rigen la prueba penal.....	p.38
II- La verdad	
1- El <i>thema probandum</i>	p.44
2- La verdad. Certeza, probabilidad y duda.....	p.45
3- Verdad material y verdad formal.....	p.53

CAPÍTULO TERCERO: ORIGEN Y EVOLUCION DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

I- Consideraciones previas.....p.58

II- Jurisprudencia de la República Argentina

1- Fallo de la CSJN *Charles Hermanos*.....p.59

2- Fallos de la CSJN *Montenegro y Fiorentino*.....p.60

3- Fallo de la CSJN *Rayford*.....p.61

4- Fallo de la CSJN *Ruiz, Roque*.....p.63

5- Fallo de la CSJN *Francomano*.....p.66

6- Fallo de la CSJN *Daray*.....p.66

7- La regla de exclusión en los fallos de tribunales inferiores.....p.69

8- Fallo de la Cámara Federal *Monticelli de Prozillo*.....p.69

9- Fallo de la Cámara de Casación *Telleldín*.....p.72

10-Fallo de la CSJN *Telleldín*.....p.75

III- Jurisprudencia de los Estados Unidos de América

1- Fallo *Weeks v. United States*.....p.76

2- Fallos *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, *Nardone v. United States* y *Wong Sun v. United State*.....p.78

3- Fallo *Mapp v. Ohio*.....p.82

4- Fallos *Gilbert v. California*, *US v. Wade* y *Stovall v. Denno*.....p.83

5- Fallo *Dickerson v. United States*.....p.87

6- Fallo <i>Hudson v. Michigan</i>	p.89
7- Fallo <i>Herring v. United States</i>	p.91

IV- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1-El Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	p.93
2-Fallo <i>Schenk vs. Suiza</i> -violación del derecho interno-.....	p.94
3-Fallos <i>Khan vs. Reino Unido</i> , <i>PG y JH vs. Reino Unido</i> y <i>Allan vs. Reino Unido</i> -infracción al artículo 8° del CEDDHH-.....	p.95
4- Fallo <i>Jalloh vs. Alemania</i> -infracción al artículo 3° del CEDDHH.....	p.107

V- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1- El art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación de la Corte IDH.....	p.114
2- Fallos <i>Cantoral Benavides vs. Perú</i> y <i>Lori Berenson Mejía vs. Perú</i>	p.117
3- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso <i>Manuel Manríquez vs. México</i>	p.123

CAPÍTULO CUARTO: DISTINTOS FUNDAMENTOS ENSAYADOS RESPECTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

I- Consideraciones previas.....	p.128
II- La integridad judicial	
1-Concepto.....	p.130
2- Crítica.....	p.132
III- Los fines preventivos o disuasorios	

1-Concepto.....	p.136
2-Crítica.....	p.138
IV- Otras teorías sobre los fundamentos de la regla de exclusión.....	p.140
1- La confiabilidad de la prueba, la puesta en peligro de la verdad o la búsqueda de resultados precisos	
a) Concepto.....	p.141
b) Crítica.....	p.141
2- La reparación al damnificado	
a) Concepto.....	p.142
b) Crítica.....	p.143
3- Perturbación de los efectos preventivos-generales de la pena	
a) Concepto.....	p.143
b) Crítica.....	p.144
4- Teoría de la ponderación de intereses	
a) Concepto.....	p.145
b) Crítica.....	p.146
5- Lesión a una norma de adquisición de prueba	
a) Concepto.....	p.147
b) Crítica.....	p.148
6- Derivaciones implícitas de garantías constitucionales	
a) Concepto.....	p.150
b) Crítica.....	p.150
V- Doctrina que rechaza la validez de la regla de exclusión.....	p.151

CAPÍTULO QUINTO: EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA: LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL ADJETIVO

I- Necesidad de una fundamentación basada en el ordenamiento jurídico (especialmente en la Constitución Nacional).....p.156

II- Acerca de la naturaleza jurídica de la cuestión objeto de estudio.....p.158

III- El juicio previo.....p.163

IV- El debido proceso legal. Su concepto. Origen y evolución.....p.164

V- La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el debido proceso legal.....p.173

VI- La doble vulneración que implica desconocer las prohibiciones probatorias.....p.175

VII- Recapitulación. Concreción de la tesis: fundamento jurídico constitucional de la regla de exclusión en el derecho argentino.....p.178

CAPÍTULO SEXTO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA (PRIMERA PARTE): INEXISTENCIA DE REALES EXCEPCIONES A REGLA DE EXCLUSIÓN

I-Introducción.....p.182

II- La fuente independiente.....p.184

III- El descubrimiento inevitable.....p.188

IV- La mancha diluida.....p.192

V- La buena fe.....p.196

VI- La seguridad pública.....p.198

VII- La proporcionalidad y el *balancing test*.....p.199

CAPÍTULO SÉPTIMO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA (SEGUNDA PARTE): SUPUESTOS PARTICULARES

I- Introducción.....p.202

II- La invalidez de las pruebas ilegalmente obtenidas y de las que sean derivación de ellas (o teoría del fruto del árbol venenoso).....p.203

III- El beneficio de la regla de exclusión invocado por un tercero.....p.207

IV- La utilización de la prueba ilegal a favor del imputado.....p.209

V- Posibilidad de repetición del acto de obtención de la prueba recabada ilegalmente.....p.212

CAPÍTULO OCTAVO: CONCRECIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL

I- Consideraciones generales.....p.216

II- Las prohibiciones probatorias y el orden jurídico extranjero.....	p.217
1- La regla de exclusión prevista constitucionalmente.....	p.218
2- La regla de exclusión prevista en un régimen normativo <i>ad-hoc</i>	p.220
3- La regla de exclusión prevista en los ordenamientos procesales.....	p.220
III- El caso argentino.....	p.225
1- El régimen procesal local.....	p.225
2- El régimen procesal federal.....	p.228
IV- La concreción de la regla de exclusión en el Código Procesal Penal de la Nación	
1- Introducción.....	p.230
2- Concepto de sanciones procesales.....	p.231
3- Sistemas de sanciones procesales.....	p.232
4- Causas de las sanciones procesales penales.....	p.234
5- La inadmisibilidad.....	p.236
6- La nulidad.....	p.238
a) Nulidades genéricas y específicas.....	p.239
b) Las llamadas nulidades virtuales.....	p.241
c) Nulidades absolutas y relativas.....	p.242
d) Nulidades totales y parciales.....	p.247
e) Efectos de la declaración de nulidad.....	p.248
7- Relación entre las sanciones procesales y las prohibiciones de valoración probatoria.....	p.250

CAPÍTULO NOVENO: CONCLUSIÓN DE LA TESIS

Punto I-.....p.254

Punto II-.....p.254

Punto III-.....p.255

Punto IV-.....p.256

Punto V-.....p.258

Punto VI-.....p.258

Punto VII-.....p.259

Punto VIII-.....p.260

Punto IX-.....p.261

Punto X-.....p.262

BIBLIOGRAFÍA.....p.264/274



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPÍTULO PRIMERO

LAS PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA O REGLA DE EXCLUSIÓN

I- INTRODUCCION

El fin de esta tesis es demostrar que la teoría de la regla de exclusión tiene, en el Derecho argentino, basamento constitucional en la esencial garantía del debido proceso legal adjetivo, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En el título de esta obra se utilizan *ex profeso* las distintas denominaciones que se le han otorgado al tema abordado. Por una parte, a esta problemática relacionada a la validez procesal de la prueba ilegal se la ha denominado - especialmente en países que siguen la tradición jurídica europea continental- *prohibiciones de valoración probatoria* o simplemente *prohibiciones probatorias*; por otra parte la influencia del derecho estadounidense -sobre todo por el activo obrar de su Corte Suprema de Justicia de ese país- llevó a que esta temática se la conozca bajo la denominación de la *regla de exclusión* o bien *exclusiones probatorias* (*exclusionary rule*).

Más allá de su denominación, lo que concretamente refiere esta cuestión es la utilización en un proceso penal en contra del imputado de una prueba declarada ilegal. No es el problema considerar si tal o cual prueba resulta ilegal o irregular o si tal proceder vulnera cierta garantía del ciudadano, lo que se trata aquí es dilucidar qué camino corresponde tomar con una probanza o actividad procesal cualquiera

que ya fue declarada ilícita, es decir, si se la utiliza -a veces, siempre- o no en un proceso penal en contra del imputado.

Además, va de suyo afirmar que en estos supuestos existe un conflicto entre el principio de la averiguación de la verdad real frente a otros principios de raigambre constitucional que harían ceder a aquél.

Al respecto se puede afirmar que, por un lado, de manera general la averiguación de la verdad -a cualquier costo- no es un valor absoluto del procedimiento penal sino que éste se haya integrado por jerarquías éticas y jurídicas propias del Estado¹. Por ello se encuentra prohibido utilizar en provecho de la aplicación del Derecho Penal la información obtenida de manera irregular. Por otro lado, cabe expresar -siguiendo a MAIER- que el recurrir a argumentos especulativos o prácticos, que revelan el temor a que algunos hechos punibles queden impunes, relativiza la vigencia de la regla y supera, en ciertos casos particulares, a la necesidad de reafirmación de la vigencia de principios y garantías de origen constitucional y legal que cumplen la función -a través de las protecciones que ellos confieren- de limitar el poder punitivo estatal².

La tesis que aquí se propone radica en el concepto de que el *debido proceso* (en el caso, en su aspecto *adjetivo*, que viene a coincidir sustancialmente con la garantía conocida con *juicio previo*), resulta una garantía constitucional del ciudadano, y dispone que la prueba con la que se funda una sentencia de condena deba haber sido obtenida lícitamente. Por ende, la utilización de prueba ilegal en contra del acusado en un proceso penal viola la garantía del debido proceso, sin que se pueda alegar válidamente excepciones a la aplicación de este principio.

¹ ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", traducción a la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 191, con cita de la Corte Suprema de Justicia alemana en BGH 14, 358, 365: "No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio".

² MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 139.

En otras palabras, para que un *proceso* sea *debido* en su significado constitucional sólo habrá de utilizarse pruebas que reconozcan las mismas características, esto es, sólo habrá de utilizarse pruebas obtenidas de manera legal - en sentido lato-.

Esta concepción del fundamento de la regla de exclusión también trae aparejado importantes consecuencias respecto de su aplicación y en la improcedencia de ensayar excepciones reales al imperio de su vigencia, que deriva de la autoridad de la Constitución Nacional misma.

A fin de fundamentar dicha postura están dedicadas las consideraciones que a continuación se esgrimirán.

II- CONCEPTO

El sentido de las garantías constitucionales de que goza todo ciudadano por el sólo hecho de serlo y que están destinadas a protegerlo de las injerencias arbitrarias del Estado en su vida privada -o bien de un particular, pero, al fin, aprovechadas por el Estado- y en general cualquier actividad estatal que violenta sus derechos carecerían de sentido si no obstante las medidas probatorias colectadas en forma ilegal pudieran ser utilizadas en contra del imputado en un proceso penal.

En realidad, este principio se afirma para todo proceso judicial o administrativo en general, pero se evidencia con mayor nitidez en el proceso penal, por sus obvias implicancias.

Fue Ernst von BELING quien hacia 1903 comenzó a tratar la problemática relativa a la validez procesal de prueba recabada en forma irregular en un

procedimiento penal bajo la denominación de *prohibiciones probatorias* (*Beweisverbote*)³.

Eugenio FLORIÁN⁴, también pionero en lo referente a las prohibiciones probatorias, parte de afirmar el principio de libertad de la prueba para distinguir la prueba en materia penal de la que se produce en los procedimientos de Derecho privado. La libertad probatoria, principio característico del Derecho procesal penal según FLORIÁN, tiene sus excepciones en las limitaciones o prohibiciones absolutas -referidas al objeto sobre el que recae la prueba- y las limitaciones o prohibiciones relativas -que restringen la posibilidad de probar un determinado hecho a una clase de prueba o impiden que se pruebe un hecho por ciertos medios de prueba-.

La prohibición absoluta se refiere a objetos de prueba (v.gr. hechos, calidades personales, relaciones) que la ley no permite que sean verificados, por lo que su demostración en un proceso judicial es jurídicamente imposible; es que por algún motivo político se los elimina del procedimiento y de la argumentación judicial y, más aún, de cualquier efecto jurídico que pudiera producir⁵. Ejemplos de esta categoría resultan la inadmisibilidad de la prueba de la verdad de la imputación injuriosa (salvo los casos en que la ley lo permite, conforme el artículo 111 del Código Penal) y la imposibilidad de indagar acerca de la filiación adulterina o de la maternidad extramatrimonial de la mujer casada (respectivamente, artículos 341 y 326 del Código Civil, derogados por la ley 23.246)⁶.

La segunda excepción -las limitaciones o prohibiciones relativas- están dedicadas no al objeto de prueba -prohibiciones absolutas- sino a los medios para adquirirla: puede ocurrir que la ley indique los únicos medios admisibles para probar

³ BELING, Ernst von, "Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozess" ("Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad"), Ed. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1968.

⁴ FLORIÁN, Eugenio, "De las pruebas penales", Ed. Temis, Bogotá, 1982, T. 1, p. 146 y ss.; "Elementos de Derecho Procesal Penal", Ed. Bosch, Barcelona, 1933, p. 314 y ss.

⁵ MAIER, ob.cit., T. 1 "Fundamentos", p. 697.

⁶ CAFFERATA NORES, José Ignacio "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 25.

un determinado hecho (por ejemplo, la prueba del matrimonio por el acta de celebración o su testimonio conforme el artículo 197 del Código Civil o, como regla, la prueba del nacimiento por el certificado del registro público según el artículo 80 del Código Civil) o que prive de efectos probatorios a determinados medios de prueba (artículos 1184 y 1185 del Código Civil, para la prueba de los contratos)⁷.

Como bien lo manifiesta MAIER⁸, es precisamente a esta última categoría que se vinculan las limitaciones probatorias de origen constitucional, es decir, "cuya fuente reside en la protección que se otorga a las personas en un Estado de Derecho, por razón de su propia dignidad (derechos humanos)".

También se han distinguido⁹ las *prohibiciones de valoración probatoria dependientes* que proscriben la incorporación y valoración en el proceso penal de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos mediante la lesión a un precepto legal relativo a su presupuesto y modo de adquisición, es decir, se trata de casos de actividad estatal irregular o ilícita (esto es, aquéllas que se fundan en la lesión de una prohibición de producción de prueba¹⁰), y las *prohibiciones de valoración probatoria independientes* que versan sobre actividades estatales regulares en la esfera de derechos de los individuos, pero que resultan excluidas del proceso debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad o a la personalidad¹¹.

Las prohibiciones probatorias de origen constitucional por injerencia irregular del Estado -tema abordado en esta tesis- se relacionan con la primera categoría expuesta en la precedente clasificación, esto es, las prohibiciones de valoración probatoria dependientes.

⁷ CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 28; MAIER, ob. cit., p. 698.

⁸ MAIER, ibidem.

⁹ GUARIGLIA, Fabricio, "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal", Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 21.

¹⁰ ROXIN, ob.cit., p. 194.

¹¹ Respecto de las prohibiciones de valoración probatoria independiente la jurisprudencia alemana ha desarrollado la llamada "teoría del ámbito de derechos"; ver. GUARIGLIA, ob. cit., p.22 y p. 103 y ss.

En similar sentido, se ha expresado que la prueba propuesta por una parte debe ser admitida, siempre que no se haya incurrido en determinadas prohibiciones que guardan relación con los denominados *límites a la prueba*¹².

Es así que, en la medida que las garantías constitucionales forman parte de un sistema normativo, necesariamente han de tener límites, que derivan de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales. En esta inteligencia, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que no existen derechos ilimitados, pues “todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este tribunal en sentencia del 8 de abril de 1981, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”¹³.

En el mismo orden de ideas, desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene sosteniendo la inexistencia de derechos ilimitados. El Alto Tribunal argentino dijo que: “[e]n el sistema de nuestras instituciones políticas no hay derechos absolutos y todos deben ejercerse con arreglo a las respectivas leyes reglamentarias”¹⁴. En igual sentido, ha pronunciado reiteradamente que “...desde sus orígenes el Tribunal ha expresado que los derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28, Constitución Nacional)...”¹⁵.

Ahora bien, dichos límites relacionados al medio probatorio han sido clasificados por el profesor español PICO Y JUNOY, en *límites extrínsecos*, que son

¹² CAROCCA PÉREZ, Alex, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Iur et Praxis*, Año 4, Número 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1998, p. 305.

¹³ Sentencia 2/1982, del 29 de enero de 1982, cit. por CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.

¹⁴ Fallos: 132:360.

¹⁵ Fallos: 200:450.

aquellos debidos a los requisitos legales de proposición, y *límites intrínsecos*, que son aquellos inherentes a la actividad probatoria, y que pueden ser de tres órdenes: los dos primeros se refieren a la *pertinencia* y a la *utilidad* de la prueba, estudio ajeno al tema de este trabajo; el tercero, referido a la *ilicitud* de la prueba, es el tema que se estudia en esta obra¹⁶.

III- DENOMINACION

Se ha utilizado frecuente e indistintamente para referirse a la materia en estudio por parte de la doctrina nacional e internacional como así también tanto por parte de los tribunales de justicia vernáculos como de otros países, a los términos “prohibiciones de valoración probatoria” o más sencillamente “prohibiciones probatorias”, “regla de exclusión” o “exclusiones probatorias”, “prueba ilícita”, “prueba ilegal”, “prueba irregular”, “prueba ilegítima” o “prueba viciada”.

Si bien es cierto que se pueden encontrar sutiles diferencias entre los conceptos expuestos -que se comentarán brevemente a continuación-, no caben dudas que en el fondo todos se refieren a una misma problemática, y es la de poder utilizar prueba que se reputa nula en un proceso judicial en contra de un imputado.

Se puede afirmar en una primera aproximación que en tanto la tradición jurídica anglo-americana habla de exclusión probatoria -de ahí la “regla” de exclusión como un mecanismo de eliminación de aquella prueba obtenida ilegalmente o en vulneración de garantías constitucionales-, el uso jurídico de fuente europeo-continental expresa mayoritariamente la cuestión como una prohibición de valorar probanzas que reconocen un origen espurio.

¹⁶ PICO Y JUNOY, Joan, “El derecho a la prueba en el proceso civil”, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 40 y ss; cit. por CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.

Con razón se ha dicho que esta no admisión de medios de prueba fundada en intereses distintos al afianzamiento de la búsqueda de la verdad, que resulta la cuestión medular del tema en estudio, conlleva a afirmar que la discusión acerca de si los casos incluidos en esta categoría deben ser considerados como de “exclusión” o de “prohibición” es, en gran medida, “puramente semántica”¹⁷.

Es que, como correctamente lo entiende GUARIGLIA, si a la temática bajo estudio se la define “positivamente”, esta categoría impone “deberes de exclusión” del procedimiento de la prueba obtenida de un modo contrario al establecido por la legislación aplicable o bien -a la inversa- de una manera que resulta proscripta por ella; asimismo, si a la cuestión tratada se la ve en términos “negativos”, ella impone “prohibiciones” de incorporación y, fundamentalmente, de “valoración” de la prueba recabada de modo irregular y de aquella cuya incorporación es vedada por el ordenamiento jurídico. Pero cualquiera que sea la perspectiva con la que se encare el tema, el resultado, en definitiva, es el mismo: la falta de valoración de la prueba cuestionada por parte del juzgador¹⁸.

De lo expuesto, resulta que el denominador común de todas las definiciones que se ensayaron tanto en doctrina como en jurisprudencia es la no valoración de la prueba obtenida en contra de las prescripciones establecidas al tal fin.

Por otra parte, se ha distinguido entre los conceptos de “prueba ilícita”, “prueba irregular”, “prueba ilegítima” y “prueba viciada”.

Así, no obstante admitirse que la expresión “prueba ilícita” no resulta demasiado precisa y, más aún, su contenido es objeto de no pocas polémicas, se puede decir que se la ha definido como la “fuente o elemento de prueba obtenido

¹⁷ GUARIGLIA, ob. cit., p. 20.

¹⁸ GUARIGLIA, ob. y loc. cit.

con infracción de determinadas normas o principios jurídicos”, discutiéndose en doctrina a cuáles normas o principios jurídicos se alude¹⁹.

Pues bien, se ha expresado que inicialmente para una parte de la doctrina, la “prueba ilícita” era la contraria al “ordenamiento jurídico”, es decir, se refería a un concepto extraordinariamente amplio que comprendía tanto a las leyes, como a la moral, las buenas costumbres y las disposiciones o principios jurídicos de carácter general²⁰.

No obstante, con posterioridad fue prevaleciendo un concepto más restringido de “prueba ilícita”, acotado a la fuente de prueba que vulnera normas de carácter legal, y especialmente, constitucional, para finalmente imponerse en cierta doctrina el concepto de que la idea de “prueba ilícita” se circunscribe a la prueba obtenida con vulneración de determinadas normas constitucionales que consagran derechos fundamentales²¹.

Para los que consideran que con la “prueba ilícita” se vulneran garantías constitucionales, entienden que la “prueba irregular o ilegal” es aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas fundamentales. Es decir, que por “prueba irregular” se incluirían las fuentes de pruebas logradas de modo ilegal como también los medios de prueba practicados de modo irregular, pero sin que a raíz de tales infracciones se afecte derechos constitucionales²².

Según esta corriente, la diferencia entre “prueba ilícita” e “irregular o ilegal” sería fundamental, porque la “prueba irregular o ilegal” podrá ser valorada libremente

¹⁹ CAROCCA PÉREZ, ob. cit. p. 307.

²⁰ DEVIS ECHANDIA, “Teoría general de la prueba”, quinta edición, tomo I, ps. 539 y ss.; VESCOVI, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1970, n° 2, p. 345; MONTON RECONDO, A., “Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso”, Universidad de Salamanca, 1977, ps. 174 y ss.; cit. por CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.

²¹ CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.; con cita de SENTIS MELENDO, Santiago, “La prueba: los grandes temas del derecho probatorio”, Ed. EJE, Buenos Aires, 1979, p. 228; y de LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., “Las escuchas telefónicas y las pruebas ilegalmente obtenidas”, Ed. Akal, Madrid, 1989, ps. 134 y ss.

²² CAROCCA PÉREZ, ob. cit., p. 309.

por el juzgador si no existe una norma general que lo impida, lo que no sucedería con la “prueba ilícita”, pues ésta, al infringir una garantía fundamental, no puede ser tenida en cuenta por el tribunal²³.

Más adelante se verá que dicha escisión no tiene sustento constitucional en el derecho argentino, toda vez que es postura de esta tesis que una prueba recabada en contra de los modos prescriptos para ello, afecta necesariamente derechos consagrados constitucionalmente.

Buena parte de la doctrina italiana distingue entre “prueba ilícita”, que sería aquella obtenida con violación a una norma sustantiva o de derecho material, y “prueba ilegítima”, que sería obtenida con infracción a una norma procesal. Esta diferencia a su vez se ve reflejada en la sanción, ya que se podría valorar la “prueba ilícita” -que infringe normas materiales- pero no la “prueba ilegítima” que siempre sería nula²⁴.

Esta diferenciación, va de suyo, también resulta inaceptable para la posición que aquí se sustenta, puesto que lo determinante para hablar de una prueba que no debe ser valorada es que haya sido recabada en contra de los modos prescriptos para ello, sin importar su naturaleza o el lugar donde se encuentre contenida la norma infringida.

Asimismo, algunos autores utilizan el término “prueba viciada” para referirse a aquella probanza en que concurren una serie de circunstancias que afectarían la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración la forma en la que se la ha obtenido, es decir, lo destacable de este tipo de prueba no es su ilicitud o ilegalidad, sino la veracidad o certeza de los datos que contiene. Sin embargo, parece claro -como bien lo aprecia CAROCCA PÉREZ- que el tema de la prueba

²³ CAROCCA PÉREZ, ob. cit., p. 310.

²⁴ CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit., con cita de NUVOLONE, Pietro, “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”, en Revista Diritto Processuale, N° 3, 1966, ps. 442 y ss.

viciada debe plantearse en términos de eficacia o valoración, pero no de admisibilidad del medio de prueba viciado, por lo que a estos efectos, es un tema que carece de interés²⁵.

En definitiva, y más allá de los matices que distinguen a los términos empleados, en lo sucesivo -salvo que se aclare específicamente- ellos serán utilizados en forma indistinta para definir a aquel medio de prueba cuya valoración está discutida por reconocer un origen contrario a las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico, es decir, por haber sido obtenida de un modo prohibido o no permitido por el ordenamiento jurídico, o bien, sin que se hubiesen respetado sus disposiciones específicas o generales establecidas para recabar una determinada prueba.



²⁵ CAROCCA PÉREZ, ob. cit., p. 311.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRUEBA Y LA VERDAD

I- INTROITO

Tratándose la presente obra acerca del fundamento y los efectos de las pruebas ilegales u obtenidas de manera irregular, corresponde precisar ciertos conceptos relativos al tema estudiado, que hacen a una mejor comprensión acabada del estudio que aquí se efectúa.

En tal tesitura, se habrá de abordar las cuestiones relativas a la prueba y la verdad, es decir, al medio y al fin del proceso penal, lo que, va de suyo, resulta pertinente develar en vista del objeto de estudio de esta tesis.

En efecto, resulta conveniente detenerse en el estudio de las pruebas pues evidentemente resultan ser el centro de análisis en el tema de la prohibición de valorar pruebas ilegales.

Asimismo, también es provechoso tener en claro si el fin del proceso penal es el descubrimiento de la verdad a cualquier costo o si ese cometido reconoce límites.

Por ende, a clarificar los conceptos de prueba y verdad, sus derivaciones y sus características específicas en el proceso penal, está dedicado el presente capítulo.

II- LA PRUEBA

1- Concepto

Sostiene MITTERMAIER que los motivos generales que guían al legislador a trazar las reglas de la prueba son los mismos que han presidido a la organización entera del proceso criminal. Esos motivos -afirma dicho autor- son: 1° “el interés de la sociedad y la necesidad de castigar a todo culpable”, 2° “la protección debida a las libertades individuales y civiles, que podrían encontrarse gravemente comprometidas por efecto del proceso criminal” y 3° “la necesidad de no imponer jamás pena a un inocente”²⁶.

Con precisión, observa el citado jurista que “hacer la prueba” no es otra cosa que procurar la “demostración de la verdad” y el “convencimiento del juez”, quien requiere de la plena “certeza” para dictar sentencia²⁷.

Asimismo, con razón se ha manifestado que toda sentencia que pone fin a un proceso judicial penal implica invariablemente determinar la existencia o no del hecho que constituye su objeto. Esta faz de la sentencia es la puramente fáctica, sobre la que recaerá la segunda, la adecuación al derecho de esa realidad comprobada, es decir, la aplicación de la ley al caso particular (acreditado). Para llegar a buen puerto la primera parte -la materia fáctica- es menester realizar investigaciones, cálculos, comparaciones, conjeturas y análisis. El descubrimiento de tales aspectos fácticos se obtiene mediante la prueba, la reconstrucción del pasado se procura a través de los medios probatorios, el “hecho principal” se pretende conocer mediante el “hecho probatorio”, de manera tal que la sentencia

²⁶ MITTERMAIER, C.J.A., “Tratado de la prueba en materia criminal”, Instituto editorial Reus S.A., Madrid, 1979, p. 19 y 20.

²⁷ MITTERMAIER, ob. cit., p. 71.

como decisión fundada en pruebas llegará siempre a una declaración por las siguientes vías: “dado tal hecho, llego a la conclusión de la existencia de tal otro”²⁸.

En un sentido más estrictamente técnico-procesal, JAUCHEN define la prueba como “el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”²⁹.

A su vez, JAUCHEN nota que el “objeto de la prueba” en el proceso penal está constituido por el “material fáctico”, en un principio incierto y que se debe probar a los fines de declarar la existencia o inexistencia sobre la cuestión sometida a decisión³⁰.

Si bien, en cuanto al proceso penal se refiere, no existen las limitaciones propias del proceso civil, rigiendo el principio de libertad probatoria por una razón de necesidad de alcanzar la “verdad histórica”, se pueden hacer notar ciertas limitaciones que tienden a garantizar tanto la celeridad del proceso como la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. De esta manera, no será necesario probar los hechos “evidentes” (son los normales, los que acontecen habitualmente como una consecuencia natural, como la ley física de la gravedad), los “notorios” (son aquellos que aparecen como generalmente conocidos para el hombre medio en razón de su indiscutible divulgación o publicidad, como quién es el actual presidente de la Nación) y los “impertinentes” (los que de ninguna manera se relacionan con el objeto del proceso); de igual manera se procede cuando exista una prohibición de la ley al respecto³¹.

²⁸ JAUCHEN, Eduardo M., “Tratado de la prueba en materia penal”, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2002, p. 18 y 19; y su cita de BENTHAM, Jeremías, “Tratado de las pruebas judiciales”, trad. de Manuel OSSORIO FLORIT, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 21 y DELLEPIANE, Antonio, “Nueva teoría general de la prueba”, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, p. 20 y 24.

²⁹ JAUCHEN, ob.cit., p. 19.

³⁰ JAUCHEN, ob.cit., p. 21.

³¹ JAUCHEN, ob. cit., p. 21 y ss.

En cuanto al “medio probatorio”, señala JAUCHEN que cualquiera puede ser utilizado, aún cuando no esté previsto legalmente (en cuyo caso se aplicarán analógicamente las normas que resulten más compatibles con su índole y naturaleza), con la excepción de aquellos medios que afecten la moral o estén prohibidos por la ley o que de alguna manera sean manifiestamente inconciliables con el sistema procesal aplicable³².

Para el autor precedentemente citado, “fuente de prueba” es el hecho que, conocido en el proceso por medio de pruebas, le es de provecho al juzgador para llegar al hecho que se quiere probar y que constituye el objeto de prueba. Esta comprobación será indirecta cuando el juez llegue a conocer el objeto de prueba mediante una operación mental y será directa cuando el medio de prueba introduzca el hecho mismo que se desea comprobar³³.

GUZMÁN, desde un primer punto de vista relacionado al momento de la valoración del elemento probatorio, ha afirmado que la prueba consiste en una relación inferencial que, partiendo de un hecho conocido, permite arribar al conocimiento, siempre en términos de probabilidad, de un hecho ignorado³⁴. Desde otro punto de vista, la prueba sería la “actividad procesal” dirigida a obtener el conocimiento del suceso que se investiga en el juicio³⁵.

En este sentido, como lo dice MAIER, el proceso penal es, aun con limitaciones, un método regulado jurídicamente para averiguar la verdad acerca de una imputación y que, con el fin de cumplir dicha misión, acude a la prueba, por medio de la cual las personas que intervienen en él intentan lograr precisiones acerca de la hipótesis que constituye su objeto principal³⁶. El destacado procesalista

³² JAUCHEN, ob. cit., p. 21 y 22.

³³ JAUCHEN, ob. cit., p. 32.

³⁴ GUZMÁN, Nicolás, “La verdad en el proceso penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 7, con cita de la obra de BENTHAM.

³⁵ GUZMÁN, ob. y loc. cit.

³⁶ MAIER, ob. cit., T.I, p. 858.